La nozione giuridica del pericolo

Contributo alla teorica del concorso di più persone nei delitti colposi

Avv. Ettore Botti

NAPOLI
LUIGI PIERRO, EDITORE
Piazza Dante, 76
1905

La nozione giuridica del pericolo

Contributo alla teorica del concorso di più persone nei delitti colposi

Avv. Ettore Botti

Omaggio dell'autore

NAPOLI
LUIGI PIERRO, EDITORE
Piazza Dante, 76
1905

Estratto dagli Studi in onore di Carlo Fadda

SOMMARIO — 1. Un caso di giurisprudenza francese: *le tourbillon de la mort*. — 2. Come si possa risalire ad una teorica generale: è incriminabile, e fino a qual punto, il concorso ad un fatto colposo dello stesso danneggiato? — 3. Posizione del problema: molteplicità di aspetti; elementi di fatto che esercitano decisiva influenza nei casi concreti. — 4. In che cosa il nostro argomento differisca dalla teorica della *compensazione di colpe*. — 5. Argomenti per la assoluta inimputabilità. — 6. Conseguenze. — 7. Confutazione. — 8. Non inimputabilità, ma limitazione del concetto generale di colpa. Ragioni di questo limite. — 9. Ricerca del limite differenziale: *a*) Il pericolo dev' essere concreto e reale. — 10. *b*) L'agente deve averne coscienza. Esame dell' elemento subiettivo, secondo il Kleinschrod: differenze dai comuni casi di colpa. — 11. Riassunto e possibili obbiezioni. — 12. Applicazione alle varie teoriche fondamentali in tema di colpa. — 13. Applicazione al caso giuridico di cui al n. 1. — 14. Discriminanti: *a*) Il pericolo comune. — 15. *b*) Lo stato di necessità. — 16. *c*) La nobiltà del fine.

1. Uno strano avvenimento ha interessato, alcuni mesi addietro, la cronaca e la giurisprudenza francese; ed ha trovato eco anche nella stampa italiana. Si trattava di una bella e giovane donna, di vita audace ed irrequieta, che si presentava al pubblico dei teatri parigini in un pericolosissimo esercizio: seduta in una vettura automobile, ella si lasciava scivolare con fulminea rapidità su di un piano inclinato in senso quasi verticale, finchè, risalendo ad un certo punto bruscamente, il piano veniva meno, e la vettura, lanciata nel vuoto, era costretta a capovolgersi, e ricadeva su di un altro piano, nel quale andava a finire la corsa.

Ora, alla fine di una di queste prove, la disgraziata gui-

datrice morì, per improvviso arresto delle funzioni cardiache (1). Fu aperto allora procedimento penale contro l'impresario che l'aveva esposta al pubblico, e contro il meccanico che l'aveva aiutata nella costruzione del congegno, e che l'assisteva in tutti gli esperimenti; ma parve che nessuna sanzione penale fornisse il codice francese per punire l'opera di costoro.

2. Sarebbe dunque già interessante studiare, alla stregua del nostro diritto, le particolarità di questa strana « fattispecie »; poichè ogni avvenimento umano, per quanto singolare, merita pur che si indaghi quale norma giuridica lo disciplini. Ma il vero è che il caso accennato presenta numerose affinità con moltissimi altri fatti, assai più frequenti e comuni; così da permettere di costruire una vera teorica, di notevole interesse giuridico.

Il saltimbanco che addestra un allievo ad esercizi pericolosi; la guida alpina che accompagna un audace escursionista fino alle vette onde più difficile è il ritorno; l'assistente che in laboratorio appresta un pericoloso esplodente, perchè serva alle esperienze del chimico; il vigoroso e taciturno *masseur* che raccoglie il ciclista estenuato alla fine di un giro di pista, per rimetterlo sulla macchina pochi istanti dopo, affinchè prosegua la corsa; il direttore di uno scontro, che non interviene subito a impedire un *corpo a corpo*, cui i duellanti si abbandonino nella foga delle reciproche offese; il bevone che propone od accetta una gara di resistenza al vino, nella quale il suo competitore incontri un danno alla persona o la morte (2); il padrone che ordina al servo di

(1) Cfr., per la cronaca: *Echo de Paris* del 16 aprile 1905 (4ª pagina), del 18 aprile (3ª pagina), del 19 aprile (4ª pagina); e *Figaro* del 22 aprile 1905.

(2) L'esempio è tratto dal NICOLINI (*Quest. di diritto*, Napoli

accendere un fuoco, dal quale poi si propaghino faville appiccando l'incendio alla casa o al campo (1); ecco altrettanti esempi di azioni diverse per il movente, per l'oggetto, per il contenuto; brani di passione e di azione, che vanno dalla temerità alla cupidigia, dall'abitudine professionale alla inavvedutezza momentanea, dalla venalità allo spirito di emulazione; così da sembrare a prima vista che non possa esservi fra loro alcun punto comune.

Pure, meglio osservando, è agevole riconoscere che in tutti questi casi, si tratta sempre dell'opera simultanea e concorrente di due individui: l'uno compie volontariamente un fatto e ne riporta danno; l'altro vi concorre; senza che alcuno dei due voglia le dannose conseguenze che si verificano. Ed allora il problema giuridico è già nettamente delineato: l'evento dannoso, che non può esser posto a carico del danneggiato che pur ne volle la causa, dovrà essere imputato, a titolo di colpa, a carico del concorrente?

3. Intanto è necessario osservare, che per risolvere la questione con esatti criteri giuridici, bisogna naturalmente prescindere da tutti gli elementi di fatto, che nei casi concreti possono avere importanza decisiva.

Si supponga, ad esempio, che un fanciullo, o un nuotatore inesperto, voglia avventurarsi in alto mare; e che un abile ed esperto nuotatore, standogli vicino, lo incoraggi e lo accompagni, promettendogli assistenza: questi sarà giustamente chiamato a rispondere in caso di sinistro, poichè non poteva dirsi ragionevolmente determinata la decisione del fanciullo o del nuotatore inesperto: nell'uno la inconsideratezza

1887, quest. XXVI, pag. 157); e costituirebbe, secondo questo scrittore, un caso di *compensazione di colpe*.

(1) Anche questo esempio è del Nicolini, loc. cit., quest. XXVII, pag. 160.

dell' età, nell' altro la impropria valutazione del pericolo, e la soverchia fiducia nelle forze altrui, accrescono la responsabilità di chi ha concorso ad un' azione tanto imprudente.

Così, nella ipotesi del saltimbanco che addestri i suoi allievi ad esercizi pericolosi, i loschi rapporti di speculazione e di sfruttamento debbono esercitare non lieve influenza sulla determinazione della responsabilità.

Ed infine, quando l' azione colposa sia di per se stessa vietata da disposizioni e regolamenti speciali (come ad es. nell'ipotesi di una fabbrica clandestina di polveri piriche o di fuochi artificiali) non varrà discutere se sia incriminabile il semplice concorso nel fatto del danneggiato, dal momento che la responsabilità a titolo di colpa emerge, per tutti i compartecipi, sotto il profilo della inosservanza di regolamenti, ordini o discipline.

4. Un'altra osservazione preliminare varrà a determinare nettamente i limiti del nostro lavoro.

Per lungo tempo nella scienza giuridica è prevalso il concetto della *compensazione di colpe*, quale ci fu trasmesso dagli scrittori classici (1); e a molti piacque ripetere senza discussione la scultoria formula del Nicolini: « Quando il danno « non deriva unicamente dalla improvvidenza di chi si muove « e fa danno, ma anche da quella di chi è mosso o ne vien « danneggiato, *i gradi della colpa diminuiscono in colui a « proporzione che crescono in costoro* (2) ».

Ma in seguito la comune teorica della compensazione di colpe fu oggetto di vive discussioni che la limitarono in più ristretti confini; e fra gli altri, efficacemente il Mosca fece notare la distinzione fra il caso di *unico fatto colposo*, com-

(1) Cfr. per tutti CARRARA, *Progr.*, parte speciale, I, § 110; ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino 1894, I, 477.

(2) NICOLINI, op. cit., XXVI, pag. 159.

messo da più persone, e quello di *più fatti distinti e successivi*, l' ultimo dei quali sia commesso dal danneggiato (1). Soltanto in questa seconda ipotesi, il Mosca ammette che il fatto colposo del danneggiato, essendo l'unico fatto *determinante del danno*, valga a discriminare i precedenti e diversi fatti, commessi da altri. Ma quando l' azione di tutti sia *simultanea*, e concorra a formare l' unico fatto colposo, egli non crede che la colpa del danneggiato possa in alcun modo escludere od attenuare quella dei concorrenti.

Or potrebbe credersi che anche il nostro studio si proponga discutere il vecchio tema della compensazione di colpe; ma in realtà non è così, poichè questa teorica, nella sua comune accezione (sia pur corretta secondo la distinzione del Mosca, che crediamo utile e feconda) si concepisce come l'incontro di due volontà che si muovono *in senso contrario*; noi invece ci proponiamo di esaminare l'ipotesi di due volontà che si muovano *nello stesso senso*, convergendo insieme.

Un esempio chiarirà la reale ed importante differenza:

Tizio, destinato alla custodia di un pozzo a fior di terra, si addormenta o si distrae a guardare altrove; e proprio in quell' attimo Caio, arrivando di corsa, cade nel pozzo; questa è l'ipotesi comune della compensazione; due colpe diverse, sia pur *simultanee* (2); ma che, non avendo comune alcun punto di origine, si incontrano soltanto nell' evento dannoso.

Ma se Tizio destinato alla custodia, come nel precedente esempio, e Caio sopraggiunto, si allontanino insieme; e poi

(1) MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma 1896, pag. 94.

(2) Ecco perchè ci sembra che il MOSCA non sia nel vero quando insiste, nella sua distinzione, sull'elemento della *successione cronologica*.

richiamati si affrettino a tornare, e nella corsa uno di essi non veda il pozzo e vi cada, si tratta allora di ipotesi ben diversa; poichè la colpa è tutta nel comune disegno di allontanarsi: disegno che per l' uno importa la violazione di un dovere di custodia (*negligenza*), per l' altro l' omissione di una necessaria cautela (*imprudenza*), ma che in realtà rappresenta l'unico punto di partenza delle due volontà, delle due azioni.

Noi quindi miriamo a disciplinare i casi di vera complicità nei reati colposi (1): quelli cioè in cui più volontà, movendosi per un comune intento, e dando così vita a più azioni concorrenti o parallele, incontrano sulla lor via un evento dannoso non voluto, che colpisce uno dei compartecipi.

Chi, e fino a qual punto, deve rispondere allora della colpa comune?

5. Giova innanzi tutto prender le mosse da un principio elementare: che cioè nessuno possa essere imputato, per un danno prodotto a sè stesso. Il comune espediente educativo, di punire i fanciulli quando si fanno male, ha un valore meramente pedagogico, in rapporto alla psicologia infantile; ma le leggi (salvo transitorie aberrazioni relative alla incriminabilità del suicidio, per ragioni metafisiche e teologiche) (2) hanno sempre assimilato al fortuito il danno che lo stesso agente volontariamente od involontariamente si produce.

Da questo principio derivano due corollari. Il primo, che

(1) Senza preoccuparci della questione, a cui in sostanza si riducono le dispute dottrinali, se cioè debbano chiamarsi casi di *complicità* o di *responsabilità individuale* di ciascun agente.

(2) Cfr., su questo punto, SCHIAPPOLI, *Dir. pen. canonico*, in *Enc. del dir. pen. it.* diretta dal PESSINA, vol. I, pag. 713, 901.

ognuno sia libero di arrecare qualunque danno alla propria esistenza fisica (1); e libero quindi, *a fortiori*, di esporsi a qualunque disagio o pericolo, senza che la società abbia alcun diritto di intervenire: poichè, in realtà, perfino nei casi di alienazione mentale, noi vediamo la ragione di un intervento piuttosto nella tutela della tranquillità sociale che nella protezione dell' alienato, la quale è pur suggerita da un vivo sentimento di pietà e di solidarietà umana.

Il secondo corollario giuridico, nello stesso ordine di idee, consiste nell'osservare come sia ripugnante parlare di responsabilità a carico del concorrente, quando il fatto dell'autore principale non è punibile. Alla stregua di questo criterio, la volontà di affrontare il pericolo, da parte dell'autore principale, costituirebbe una piena discriminante anche per i concorrenti. Nè la teorica dell' *offesa del consenziente* può dirsi una smentita a tale criterio fondamentale: che anzi l' incriminabilità dell'offesa del consenziente si fa consistere non in una forma di concorso, ma in una figura criminosa autonoma, del tutto indipendente dalla teorica della complicità (2).

6. A queste considerazioni, le quali condurrebbero a dichiarare del tutto inimputabile l'opera dei compartecipi al fatto colposo del danneggiato, se ne può aggiungere ancora un'altra: che cioè nel campo della libera attività individuale, a ciascuno debba essere consentito associarsi con altri, an-

(1) Salvo quando la lesione del diritto proprio includa la lesione di un diritto di altrui spettanza; come nell' ipotesi di volontaria mutilazione per sottrarsi alla leva militare, e simili.

(2) Appunto per queste ragioni, anche l' ipotesi dell'*aiuto al suicidio* fu contemplata come un reato *sui generis*, non come una forma di complicità. Cfr. ZANARDELLI, *Rel. minist.*, cap. 146. Contra, PESSINA, *Elem.*, II, 16, sostenne recisamente il carattere di complicità, ad onta che il fatto dell'autore principale non costituisca delitto.

che per compiere un'azione da cui possa derivare un danno, per tutti o per qualcuno dei cooperatori. Chi agisce, sia pure in concorso con altri, *imputet sibi* l'evento dannoso che lo colpisce: poichè esso deriva direttamente dalla propria colpa.

Non è lecito essere imprudenti, quando ciò costituisca per i terzi indifferenti un pericolo; ma scherzare con la propria vita, abbandonarla alle imprudenze proprie od a quelle dei cooperatori, è cosa a cui la società dovrebbe restare estranea. L' audace cacciatore di aquile, che dalle vette alpine ama discendere, per dirupi impraticabili, a sorprendere un nido di aquilotti, ha pur diritto di trovare chi lo leghi con una fune, e lo aiuti a discendere e a risalire.

Il concorso dunque in casi simiglianti non può essere di per sè stesso incriminabile; che anzi esso è socialmente utile, in quanto contribuisce ad attenuare il pericolo che in caso contrario l'agente affronterebbe da solo.

7. Pure, non è difficile confutare questi argomenti, e dimostrare come la tesi dell'assoluta inimputabilità debba essere respinta.

Anzitutto, l'idea che non si possa incriminare l'opera del concorrente, quando quella dell'autore principale non costituisce reato, è uno di quegli ostacoli apparenti che le legislazioni girano senza difficoltà. Che cosa importa che la punibilità di un fatto non riesca a delinearsi nei rigorosi confini della complicità ? Quando ragioni giuridiche e sociali consigliano di punire, è agevole raffigurare l'azione incriminata, come un fatto delittuoso indipendente.

Così nel nostro tema, nulla vieta di considerare l'opera del compartecipe come isolata ed indipendente da quella del danneggiato: e quindi occorre considerare, non i rapporti estrinseci dell'azione (per i fini di una possibile complicità) ma la intrinseca e sostanziale punibilità sua.

Assai più fondate sono invece le ragioni attinenti a quella

che potremmo dire la libertà di affrontare un pericolo. Pure anche ad esse è facile rispondere con una osservazione decisiva; poichè tutta la loro efficacia, come si è visto (*retro*, n. 6) consiste nel riconoscere valore di discriminante alla manifestazione di volontà da parte del danneggiato; in quanto egli medesimo volle il fatto da cui derivò l'evento dannoso.

Ma quale è il vero valore da attribuire a questo atto di volontà? Basta ricordare la teorica dell'*offesa del consenziente*, per rispondere con sicurezza: poichè per essa ogni atto di volontà tendente a ledere o menomare il diritto alla propria vita ed integrità personale, è ritenuto invalido ed inefficace a migliorare la condizione del compartecipe.

Senza preoccuparci dell'astratto problema filosofico, se possa parlarsi di *diritti inalienabili,* e se il diritto alla vita ed alla integrità fisica sia uno di questi, è certo che la legge positiva lo ritiene tale; e quindi ogni concorso ad un' azione che tenda a menomare questo diritto, costituisce sempre un fatto punibile.

8. Esclusa così l'ipotesi della completa inimputabilità, ci sembra però necessario riconoscere che il caso di chi, agendo da solo, danneggia altri per propria imprudenza o negligenza; è assai diverso e più grave del fatto di chi agisca insieme col danneggiato. Nel primo, la colpa dell' agente si rivela pericolosa per gli altri, e quindi punibile; nel secondo invece si ha soltanto l'omissione di cautele che lo stesso danneggiato non usò. È dunque necessario riconoscere, nel concorso del danneggiato, un motivo di grande limitazione della responsabilità del compartecipe.

Infatti, perchè un'azione diventi reato, occorre ravvisare in essa la violazione di un dovere giuridico. Ora è senza dubbio un dovere, agire in modo da non offendere gli altri; ma nessuno può pretendere che si usino, nei rapporti con gli altri, cautele maggiori di quelle che costoro adoperano

per la propria conservazione. Il limite del dovere giuridico è dato dunque dal diritto alla conservazione; poichè non sarebbe dovere, ma virtù che la legge non può imporre, e tanto meno con sanzioni penali, il vegliare alla salute altrui, più che gli altri stessi non vi pensino.

Ogni uomo, nella sfera della sua attività, è tenuto ad usare alcune precauzioni; e, se non le usa, la legge pone a suo carico, quando si verifica un danno, il prevedibile per il preveduto (secondo la teorica della *prevedibilità*), o lo tiene responsabile di tutte le conseguenze del fatto proprio (secondo la teorica della *causalità*).

Ma questo *dovere di diligenza*, che, rafforzato dalla sanzione penale, è destinato ad esercitare una *coazione psicologica* su ciascun agente, viene ad essere attenuato e reso meno efficace, quando più individui concorrano ad un medesimo fine. Allora ciascuno deve supporre (a meno che non si trovi con fanciulli, con mentecatti e simili) che il calcolo delle possibili conseguenze dell'azione sia stato ugualmente fatto da tutti i concorrenti; e quindi i limiti della imputabilità si restringono straordinariamente.

Soltanto l'altissimo fine della tutela della incolumità personale, ha potuto, nelle varie legislazioni, ispirare la punibilità dei fatti colposi; ma poichè in essi non si rivela la manifestazione di una volontà cosciente, ma si vede invece spuntare, dal limbo delle imperfezioni e delle debolezze umane, la diversa attitudine di ciascuno spirito di fronte all'impreveduto, è doveroso tener conto delle maggiori o minori *condizioni di sicurezza* che influiscono a determinare l'azione (1).

(1) Per quanto si è detto, riesce facile confutare le ragioni addotte dal Mosca (op. e loc. cit.) per negare qualunque attenuazione di responsabilità nell'ipotesi che esaminiamo. « Il danneggiato — egli scrive — può, come vittima del fatto imprudente, restare « impunito; ma gli altri correi o complici non hanno ragione d

9. È certo dunque che le condizioni dell' imputabilità del concorrente vanno assai ristrette, alla stregua dei criterii finora accennati. E studiandoci di determinare questo limite, siamo costretti a ricorrere alla nozione del *pericolo*, concetto del resto non estraneo alla nostra legislazione, in quanto anzi informa di sè tutta una categoria di reati (delitti contro la incolumità pubblica).

Noi crediamo infatti che l'azione del concorrente diventi imputabile solo quando essa dia luogo ad un *concreto ed evidente pericolo*. Certo nessuna azione umana presenta sicurezza di assoluta incolumità: ma nei casi normali il pericolo si adombra come una delle tante possibili conseguenze della azione; e la sua proporzione di possibilità è così esigua, così infinitesimale ed imponderabile, che l'agente non si trattiene dal muoversi e dall' operare secondo il proprio divisamento.

Il pericolo può dunque definirsi come la *possibilità del danno*; ed in tal modo esso è l'insidia riposta che accompagna nel suo cammino l'opera umana. Or nei comuni casi

« pretendere l'impunità, essendo indifferente, di fronte alla società « ed alla giustizia, che il danno sia stato risentito da uno anzichè « da un altro. Quale che sia il danneggiato, il fatto non cessa di « essere imprudente, e di rivelare la temibilità del danneggiante ».

Due sole osservazioni: anzitutto l'A. stabilisce quasi un'equivalenza fra il *danno* e la *pena* (e accentua questo concetto a pag. 96, in fine), quasi che il danneggiato sia esente da pena solo perchè già sufficientemente punito col danno riportato! Il vero è invece che l'azione del danneggiato *non ha carattere delittuoso*, poichè nessuno è chiamato a rispondere delle offese arrecate a sè stesso. Quanto agli altri (ed è questa la seconda osservazione) la loro temibilità è tanto minore, quanto maggiore era in essi la sicurezza, derivante dall'azione comune. È proprio il caso di dire che la complicità, come accentua la intensità dei reati dolosi (cfr., fra tutte, le note opere del SIGHELE), attenua e scolorisce quella dei reati colposi.

di colpa, quando si tratta di un solo agente, si pone appunto a suo carico il non aver preveduto e prevenuto il pericolo insito nell'azione.

Ma quando invece l'azione è il risultato di due o più volontà concorrenti, noi crediamo che occorra qualche cosa di più grave. È necessario cioè che il pericolo si riveli nella sua obbiettività concreta; che esso non sia soltanto latente e insidioso come possibile, ma reale e presente. Non è più colpa il non aver preveduto il pericolo, ma il non averlo apprezzato, per colpevole leggerezza, per spavalda ostinazione, per deplorevole cecità, o per qualsiasi altra ragione somigliante.

Così ad esempio se fra più persone abbia luogo una gara di marcia, di corsa, di lotta o di nuoto, ed una soccomba o ne riporti danno, il fatto non sarà imputabile a titolo di colpa ai concorrenti o ai promotori della gara (secondo le particolarità del fatto stesso); tranne quando le condizioni di salute del concorrente danneggiato fossero tali da rivelare per lui visibilmente pericoloso il cimento, o quando le condizioni della gara stessa fossero così intrinsecamente gravi, da esporre a serio pericolo anche le persone non dotate di eccezionale e formidabile resistenza a simili prove.

10. Ma non basta nemmeno, obbiettivamente considerata, la reale sussistenza del pericolo; occorre pure che esso sia soggettivamente avvertito (a parte qualunque apprezzamento sulla sua maggiore o minore imminenza o gravità); occorre che esso impressioni di sè il pensiero dell'agente, o, in altri termini, che questi ne abbia *coscienza*. Solo in questo momento, di fronte alla *coscienza del pericolo* ed alla *previsione del danno*, l'imputabilità del concorrente si delinea; poichè sorge in lui un altro dovere giuridico (ben diverso dal comune *dovere di diligenza* che è fondamento dell'imputabilità a titolo di colpa), quello cioè di non concorrere al pericolo altrui.

Nei comuni casi di colpa, questo stato di coscienza è soltanto crepuscolare. È quello che il Kleinschrod chiama « il « sentimento *incerto* di operare ingiustamente » (1). Secondo il suo classico esempio, chi entra in un fienile con una pipa accesa, il più delle volte ha la vaga ed imponderabile previsione che una favilla potrà provocare l' incendio; ma questo germe di previsione è attutito e quasi sommerso da mille altri elementi o *motivi* psicologici (come la fretta, la noncuranza, l'abitudine, il difetto di esperienze anteriori, ecc.) i quali tutti distruggono la originaria intuizione, e costituiscono la sicurezza che il danno non si avveri.

Invece nei casi che qui tentiamo disciplinare, non può elevarsi a fondamento di colpa questa vaga intuizione, questo sentimento incerto; poichè, a prescindere da tutte le altre ragioni, esso è distrutto dal concorso del danneggiato. È ovvio che chi vede altri compiere una data azione, sente, per ciò solo, scemare il pericolo che quell' azione presenta; appunto perchè, potendosi le azioni umane ridurre tutte al minimo denominatore dell'istinto di conservazione, ognuno crede che gli altri, per decidersi ad agire, abbiano ben considerate le possibili conseguenze.

Se invece il pericolo, per il suo carattere di gravità, o per la evidenza esterna, o per la speciale esperienza personale dell'agente, si presenta alla mente di lui in modo concreto, solo allora si stabilisce nella sua coscienza l' equilibrio tra l'esempio altrui e la possibilità del danno: e se allora egli si decide all'azione, è quello il confine della colpa per lui.

Un esempio chiarirà il nostro concetto, e darà in pari tempo un' idea dell' *ultimo limite* di cui è suscettibile la teorica che tentiamo di delineare:

(1) Kleinschrod, *Cenni sopra l'essenza e la punizione dei delitti colposi;* negli *Scritti germanici di diritto criminale*, vol. I, Napoli 1852, pag. 38.

Tizio, vedendo Caio in preda ad acute sofferenze, di sua iniziativa gli somministra una iniezione di morfina, senza tener conto delle condizioni del cuore, che non permettono di sopportarla. Se Caio muore o risente danno, ben sarà tenuto responsabile Tizio, senza indagare se egli sia un medico o un profano. È questo un caso di colpa comune; e gli ordinarii criterii circa la valutazione della imprudenza bastano a determinare la punibilità.

Ma se, nelle stesse condizioni, Caio sia un morfinomane, ed inviti Tizio a compiere su di lui la iniezione, allora diventa assai importante la distinzione: se Tizio è un profano, ignaro degli effetti della morfina, non sarà responsabile, poichè l' invito dell' infermo lo discrimina; ma se egli è medico, o, pur non essendolo, conosce gli effetti del farmaco, o per diretta scienza, o per i sintomi manifestatisi in una prima iniezione, la sua responsabilità a titolo di colpa sorge nel momento in cui egli si decide a sfidare il pericolo, e correr l'alea del tentativo (1).

11. Riassumendo questo punto del lavoro, possiamo dunque concludere che nei casi di concorso ad un fatto colposo dello stesso danneggiato, l'imputabilità del concorrente è assai più limitata e ristretta che nei casi di colpa comune.

Si deve infatti tener conto dell' influenza che il concorso materiale o morale del danneggiato ha esercitato sull' agente; e quindi l' imprudenza o la negligenza deve essere assai più grave che nei casi ordinarii. Specialmente crediamo che la colpa si avveri solo quando l'azione presenti un reale e concreto pericolo, e l'agente ne abbia coscienza.

(1) È proprio questa *volontà di affrontare un rischio (willfully incurring the rish),* che il BROON (*Commentaries on common law*, London 1885, pag. 874; cit. da ALIMENA, op. cit., pag. 463) considera come un grado della *malizia*.

L'unica obbiezione che si potrà muovere a queste nostre conclusioni, è quella che esse non forniscano un criterio di assoluta certezza ; e che la nozione del *pericolo* resti forse non meno incerta di quella di *colpa*, che abbiamo preteso di meglio illustrare e differenziare.

Rispondiamo : anzitutto, se altro non fossimo riusciti a determinare, basterebbe aver rilevato (e, come vedemmo, in contraddizione di autorevoli scrittori) che i casi di concorso al fatto colposo del danneggiato vanno considerati con una sensibile attenuazione dei concetti sulla colpa comune. Resterebbe dunque sempre il principio che nei casi da noi studiati, la colpa del concorrente, per esser punibile, deve essere più evidente e più grave.

Inoltre, non può pretendersi in simili ricerche l' assoluta precisione e l'esattezza matematica. I concetti giuridici in questa materia hanno sempre qualcosa di approssimativo : sono astratte categorie che il legislatore deve determinare, e il magistrato deve riconoscere, col più equo e prudente discernimento, nei casi concreti. Si tratta di determinare il grado, l'intensità, il valore di certe azioni umane, ed è quindi evidente che si debba ricorrere a criterii meno precisi di quelli che valgono a determinare, ad es., le qualifiche del furto, o le conseguenze di una lesione personale.

Ma sopratutto, non può negarsi che il concetto del pericolo, quale *criterio supplementare*, da valere nei soli casi di concorso al fatto colposo del danneggiato, sia più concreto e preciso, e certo più ristretto, di quello generale di colpa; poichè restano esclusi, ad esempio, tutti i casi di danno *non preveduto*, che invece sono perfettamente punibili, quando si tratti di sola colpa del singolo agente. E del resto, come abbiamo avvertito a suo luogo (n. 9), anche in numerose altre ipotesi di reato, e proprio in quelle degli art. 303 e segg., cod. pen., l'interprete è costretto dalla legge ad indagare quali siano gli estremi del *pericolo*.

Certo, nei casi dubbi si potrà discutere se un fatto sia veramente pericoloso, se presenti cioè quella probabilità del danno che la legge richiede; ma ciò non toglie che il concetto sia chiaro ed evidente.

12. Abbiamo ora un mezzo assai semplice per riconoscere l'utilità e l'esattezza di questa nostra differenziazione del concetto comune di colpa; poichè fino a questo momento abbiamo evitato di riferirci all' una piuttosto che all' altra delle varie teoriche fondamentali che si contendono il campo, circa l' essenza e il fondamento della imputabilità dei delitti colposi.

Or se le nostre osservazioni sono esatte, esse avranno sempre uguale applicazione, qualunque teorica fondamentale si voglia assumere come punto di partenza. Ed eccoci alla prova.

A) La teorica della *prevedibilità*, benchè fieramente combattuta, raccoglie forse ancora il maggior numero di seguaci (1).

Essa vede la ragione dell'imputabilità in un rapporto soggettivo fra l'agente e l'evento dannoso, e quindi fa consistere la colpa nel *non aver preveduto le conseguenze prevedibili* del fatto proprio.

Or volendo seguire questa teorica, appare evidente, nell'ipotesi da noi studiata, che non è giusto porre a carico dell'agente il prevedibile per il preveduto. Quella previsione generica e vaga, che secondo il Brusa (2) caratterizza il massimo grado della colpa, cioè la *temerità*, dev'essere invece, nella nostra ipotesi, il punto di partenza, il *grado minimo*

(1) Pessina, *Elementi*, I, 179, ed autori ivi citati; cfr. anche Florian, *Dei reati e delle pene*, 187; e la copiosa bibliografia cit. in Alimena, op. cit., I, pag. 447-448.

(2) Brusa, *Saggio per una introduzione*, ecc., § 92-93.

dell' imputabilità. Non bisogna dimenticare che il concetto della prevedibilità è *relativo* (1); e quindi per chi agisce in concorso con altri, può dirsi *relativamente imprevedibile* ciò che neppure il concorrente ha preveduto.

È questa una ipotesi tipica di *colpa con previsione* (2), formula su cui, come è noto, gravi sono le divergenze scientifiche (3).

B) I teorici del *mezzo antigiuridico* (4) poi, fanno consistere la colpa nella stessa obbiettività del fatto; nell' avvalersi cioè di un mezzo normalmente ripugnante alla comune idea del diritto. Ed anche a questa stregua resistono indiscutibilmente le nostre osservazioni.

Infatti, fino a quando non sorga un reale e concreto pericolo, è perfettamente giuridico e conforme alla comune condotta della vita il prestare aiuto ed assistenza a chiunque si determini ad un'azione; essendo in tal caso comune a tutti i compartecipi il dovere di prudenza e di diligenza, e non potendo addossarsi per intero a colui che non ha risentito alcun danno dall' azione.

C) La teorica della *causalità* ha trovato di recente un coscienzioso illustratore nel Civoli (5). Secondo questo au-

(1) Masucci, *Cod. pen. it.*, vol. II, parte 2ª, pag. 65, Napoli 1894.

(2) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris 1869, pag. 186-188.

(3) Infatti da molti si sostiene che quando il danno è previsto, non si tratti più di *colpa*, ma di *dolo*; cfr. Alimena, loc. cit. Il Pessina invece, con opinione più temperata sostiene che vi sia colpa quando il danno è previsto solo come *possibile*; dolo quando è previsto come *probabile* o *certo*.

(4) Stoppato, *L'evento punibile*, Verona-Padova 1898.

(5) Civoli, *Della imputabilità*, ecc., in *Enc. del dir. pen. it.*, diretta dal Pessina, Milano 1904, vol. V, 39 e seg. Ascrivo anche il Civoli, per alcune sfumature ed attinenze del suo pensiero, fra i teorici

tore, il fondamento dell'imputabilità non dev' essere la previsione (elemento subbiettivo), ma l' azione (elemento obbiettivo). « Noi non possiamo giustamente rimproverare ad al-
« cuno di non aver previsto ciò che altri più prudenti avreb-
« bero preveduto; bensì possiamo rimproverarlo per aver fatto
« ciò che altri più prudenti si sarebbero astenuti dal fare ».

La colpa deve essere valutata quindi nella reale entità dell' azione, e nel suo rapporto obbiettivo con l'evento dannoso. Per determinare così se un'azione sia prudente o imprudente, bisogna tener conto degli usi, delle abitudini, e in mancanza, della reale entità del fatto, dello scopo che il colpevole si proponeva, degli ostacoli che doveva vincere, ed anche della natura del bene giuridico leso.

Or tutti questi elementi, applicati all' argomento del presente lavoro, ci dimostrano che fino a quando non si palesi un reale e concreto pericolo, l' opera del concorrente non è causa imputabile dell' evento dannoso, in quanto essa è interamente assorbita dall' azione dello stesso danneggiato.

D) Infine chi ravvisi, come alcuni scrittori tedeschi (1), il fondamento dell'imputabilità della colpa in un *errore vincibile*, o nella *violazione di un dovere speciale*, dovrà riconoscere, che nella ipotesi da noi studiata, solo nei casi di concreto pericolo diviene vincibile l' errore (che altrimenti sarebbe *invincibile* perchè assorbito dall'esempio altrui); e solo allora si affaccia un dovere speciale, quello cioè di non concorrere col fatto proprio, alla imprudenza ed alla negligenza del danneggiato.

della *causalità*, mentre in sostanza la sua teorica potrebbe dirsi del *carattere obbiettivo* dell' azione.

(1) Cfr. per tutti, Berner, *Lehrb. des deuts. Strafr.*, 16. Aufl., Leipzig 1891, pag. 124; il quale riduce questo *errore vincibile* alla omissione della comune diligenza necessaria alla vita (*erforderliche gewöhnliche Aufmerksamkeit*).

13. Assodata così e chiarita la nostra formula circa il limite di responsabilità nei casi di concorso al fatto colposo del danneggiato, passiamo ad applicarla al caso giuridico da cui prendemmo le mosse (v. *retro*, al n. 1); e vediamo come la morte della disgraziata automobilista presenti tutti i caratteri dell' omicidio colposo, a carico dei compartecipi.

Si trattava infatti di un esercizio, che porta in sè l' impronta del più grave e minaccioso pericolo (1). E questo pericolo non poteva non essere presente al pensiero di chi preparò la macchina fatale; e di chi, sera per sera, lanciava la disgraziata vittima alla sua corsa verso la morte. Costoro dunque previdero che dal temerario cimento poteva derivare la morte dell'audace signora, e tuttavia sfidarono il pericolo, lusingandosi che le probabilità favorevoli riportassero sempre il sopravvento.

Ecco dunque, obbiettivamente e subiettivamente considerato, un caso tipico di delitto colposo.

14. Stabiliti così i limiti, entro i quali è incriminabile il concorso ad un fatto colposo del danneggiato, occorre completare l' indagine, tenendo parola di alcuni casi in cui cessa ogni ragione di incriminazione, restando essi nell' orbita della libera ed incoercibile attività umana.

La prima discriminante è quella del *pericolo comune*. Quando il fatto colposo è di natura tale, che da esso derivi un uguale pericolo per tutti coloro che vi concorrono, sarebbe ingiusto ed incivile chiamare responsabile l' incolume o il superstite, sol perchè l' evento dannoso che poteva colpire tutti e ciascuno indifferentemente, si è localizzato nella persona di un solo.

(1) Gli stessi nomi di *tourbillon de la mort*, *anello della morte*, coi quali si sogliono designare simili esercizi, ne rivelano l'estremo pericolo.

È evidente che quella stessa *libertà di esporsi a un pericolo*, che abbiamo riconosciuto nel singolo agente sussiste e perdura anche quando insieme col pericolo proprio si affacci la possibilità del pericolo di un altro, che pur consente nella medesima determinazione.

Il legame che avvince allora i due o più esseri operanti è meramente estrinseco: è un legame di tempo, di luogo, di circostanze, non un concorso di cause: di modo che l'evento dannoso deve considerarsi dipendente, come da unica causa, dalla volontà stessa del danneggiato. E quindi l'opera del terzo è del tutto superflua e inimputabile.

Ma naturalmente, perchè possa parlarsi di *pericolo comune,* occorre che tutti i concorrenti si trovino in perfetta parità di condizioni, e non ve ne sia qualcuno a cui possa attribuirsi una speciale responsabilità ; o per le sue qualità personali (maggiore competenza, direzione, autorità di ufficio, ecc.) o per colpe da lui particolarmente commesse nel corso dell'azione.

15. Una seconda discriminante deriva dall' applicazione anche ai delitti colposi, dei comuni concetti intorno allo *stato di necessità.*

Quando si tratta, come dice l' art. 49 cod. pen., della necessità di salvare sè od altri da un pericolo grave ed imminente alla persona, al quale non si era dato volontariamente causa, e che non si poteva altrimenti evitare; allora come è discriminato il fatto volontario, *a fortiori* deve ritenersi inimputabile il fatto colposo.

Così ad esempio, se, trovandosi una casa in preda all' incendio, una persona si affacci al balcone chiedendo soccorso; se altro scampo non vi sia che il precipitarsi giù; e a questo scopo dal basso si disponga una tenda, invitando quel disgraziato a lasciarsi cadere; e se per la soverchia altezza, o per le esigue dimensioni della tenda di salvataggio,

o per la poca destrezza dei soccorritori, il caduto riporti una lesione o la morte; le imperiose circostanze del fatto, e la impossibilità di operare altrimenti, renderanno inimputabile l'azione degli imprudenti salvatori.

16. Ed infine noi crediamo che un' altra discriminante debba ravvisarsi nella *nobiltà del movente* da cui deriva l' azione. Intendiamo che non si debba essere indulgenti verso i temerarii che sfidano il pericolo per espressione di coraggio impulsivo e veemente, o per rendere omaggio a mostruosi pervertimenti dell'anima collettiva.

Ma la storia delle più degne e gloriose ascensioni umane, ci presenta sempre alcune grandi ore epiche, in cui il giganteggiare di un ideale rende trascurabile la vita e divino il pericolo.

L' audace geologo che perde la vita in una eruzione di vulcano, come l'indomabile esploratore polare che soccombe ai rigori dell'algida immensità boreale; il medico che, non pago delle esperienze *in anima vili*, si lascia inoculare il *virus* di un male distruttore; il chimico che salta in aria squarciato dalla formidabile esplosione di sostanze di cui egli stesso ha ridestato con imprudenti composizioni le gigantesche energie; sono tutte vittime che *a la morte radiosa* vanno incontro

come a le braccia di arridente sposa

poichè la morte li sorprende nello stesso loro sorriso verso la conquista e la vittoria.

E chi con loro concorre nel segreto lavoro o nell'audace combattimento, è così saldamente protetto da questa aureola luminosa, da non poter mai temere che l'umana mediocrità gli chiegga conto della sorte del compagno caduto sulla breccia.

Noi non crediamo che il genio, l' uomo forte, l' *Uebermensch* di Nietzsche o l'*eroe* di Carlyle siano oltre la legge

e sopra la legge; e che ogni anima ed ogni cosa, la quale porti il suggello di una grande creazione, meriti assoluta irresponsabilità.

Ma rivendichiamo soltanto, in alcune grandi ore della vita, il diritto di essere, per sè e per gli altri, imprudenti; poichè appunto queste sublimi imprudenze vanno strappando alla verità, ad uno ad uno i suoi veli.